

*Ceza Yargılama Hukukunda*  
**ZORLAYICI ÖNLEM TEORİSİ**

**Prof. Dr. Turhan Tufan Yüce**

*ANLATIM DÜZENİ*

*BİRİNCİ BÖLÜM|GİRİŞ: CEZA YARGILAMASINDA ZORLAYICI  
ÖNLEM KAVRAMI*

- I — *Kavram ve terim*
- II — *Zorlayıcı önlemlerin fonksiyonları*
- III — *Zorlayıcı önlemlerin genel koşulları*
- IV — *Zorlayıcı önlemlerde yetki*
- V — *Zorlayıcı önlemlerin bölünmesi*

*İKİNCİ BÖLÜM|ZORLAYICI ÖNLEMLER*

*BİRİNCİ BAŞLIK : TUTUKLAMA*

- I — *Tutuklamanın mahiyeti ve amacı*
- II — *Tutuklamanın etkileri*
- III — *Tutuklama nedenleri*
- IV — *Kabahatlerde tutuklama*
- V — *Tutuklamanın gerekçesi*
- VI — *Tutuklamaya karşı yasa yolu*

*(Devam edecek)*

## BİRİNCİ BÖLÜM

### G İ R İ Ő

#### CEZA YARGILAMASINDA ZORLAYICI ÖNLEM KAVRAMI

##### I — Kavram ve Terim

1. Ceza soruşturması gerektiğinde zor kullanma olanağı olmadan yürütülemez. Zorlayıcı önlemlerin klasik örneğı tutuklama (tevkif) dir. Özellikle ağır suç işlemiş olan sanıkların duruşmaya, ya da hüküm giyerlerse cezalarını çekmeye istekleri ile gelmemeleri mümkündür. Tutuklama gerekli olabilir. Tanıklık bir kamu hizmetidir ama tanık da adalete yardımcı olmak ödev duygusu ile çağrıldığında gelmeyebilir; gelmesini uygun bir zorlayıcı önlemlerle, zorla getirme (ihzaren celp) önlemi ile güvencelemek gereklidir. Hukukun gerekleri ilgili kişilerin ödev duygusuna bırakılmaz.

2. Ceza soruşturmasında ve yerine getirilmesinde zor kullanma olanağı «zorlayıcı önlemler» denilen yasal kurumlarla sağlanır. Kaçmasından ya da delilleri bozmasından korkulan sanık tutuklanır, delil değeri olan eşyaya el konulur, gelmeyen tanık zorla getirilir vb.

Kaynağımız olan Alman Ceza Yargılama Yasasında bu önlemler için genel bir terim kullanılmamıştır. Bu önlemlere ilişkin 8, 9 ve 8a ve 9a bölümleri (Abschnitte) tek önlemleri sayıp düzenlemektedir. Türk Ceza Mahkemeleri Usulü Kanununda da böyledir (8 ve 9. Fasıllar).

Alman doktrinde bu önlemler «zorlayıcı önlemler» (Zwangsmassnahmen) veya «zorlayıcı araçlar» (Zwangsmittel) terimi ile anlatılır. Daha çok kullanılan terim «zorlayıcı önlem» dir.

Türk doktrinde bu konuda ne yazık ki terim birliğı yoktur.

TANER, bunlara «ihtiyati tedbirler» diyor<sup>1</sup>. KUNTER, «koruma tedbirleri<sup>2</sup>», EREM, «usul tedbirleri»<sup>3</sup>, TOSUN, «koruma tedbirleri<sup>4</sup>» terimini seçmişlerdir.

«Zorlayıcı önlem» sanıyorum ki kavrama en uygun deyimdir. Çünkü, önlemin en belirgin, ayırıcı niteliği zorla uygulanma olanağıdır. Önlem, şüphesiz «koruyucu»dur, bu açıdan «koruma önlemi» olarak nitelenebilir. Ancak, zor kullanmayı gerektirmeyen önlemler de olabilir. Örneğin, hâkim gerekli görürse yeminden önce tanığa ödevinin önemini uygun bir dille anlatabilir (CMUK 55). Bu, zor kullanmaya olanak vermeyen bir önlemdir. Zor kullanmaya olanak vermeyen önlemleri, zorlayıcı önlemlerle birlikte aynı terimle anlatmak, uygun bir niteleme değildir, sanıyorum. «İhtiyat tedbiri» deyimini gibi «usul tedbiri» deyimini de önlemin belirgin niteliğini anlatabilmekten uzaktır. Hele «usul tedbiri» bütün önlemleri içermesi açısından, çok geniş ve elverişsiz bir anlatımdır. Bu düşünceler yerinde ise incelediğimiz kavramın doğru terimi «zorlayıcı önlem» olmak gerekir<sup>6</sup>.

## II — Zorlayıcı Önlemlerin Fonksiyonları

Zorlayıcı önlemlerin temel fonksiyonu (işlevi), soruşturmanın yürütülmesini veya sonuçta verilecek yargının yerine getirilmesini sağlamaktır. Bu anlamda önlemler, yargılama hukukuna özgü kurumlardır. Örneğin, sanığın davada el altında bulundurulması için tutuklanması veya gerçeğin araştırılması için bir şeye elkoyma, yalnızca soruşturmanın esenliği içindir. Bunlar, kural olarak maddi ceza hukuku ile ilgili bir amaca yaramaz.

Kural olarak diyorum, çünkü önemi bakımından zorlayıcı önlemlerin başında gelen tutuklamanın ceza hukukuna ilişkin fonksiyonları da olduğundan sözedilmektedir<sup>6</sup>. PETERS, bu konuda eski bir yazısında di-

1) Tahir **Taner**, Ceza Muhakemeleri Usulü, 3. Basım, İstanbul, 1955, s. 131.

2) Nurullah **Kunter**, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 6. Bası, İstanbul, 1978, s. 468 no. 359.

3) Faruk **Erem**, Ceza usulü Hukuku, 3. Bası, Ankara, 1970, s. 414.

4) Öztekin **Tosun**, Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri, C. 1, Genel Kısım, 2. Bası, İstanbul, 1976, s. 625.

5) **Kunter**, tedbir yerine önlem denilmesini doğru bulmuyor (s. 468 dipn. 287), Çünkü diyor, tedbir her zaman önlemez, bazan korur. Önlem, sadece önleme tedbirini karşılar. Bu anlayışa karşı denilebilir ki her koruma mahiyeti gereği bir önlemedir, örneğin sanığı korumak (muhafaza etmek), kaçmasını önlemektir, bir delili korumak, bozulmasını ya da yok olmasını önlemektir. Bundan ötürü tedbiri önlem sözü ile Türkçeleştirmek sanıyorum ki yanlış değildir.

6) Eberhard **Schmidt**, Deutsches Strafprozessrecht, Ein Kolleg, Vandenhoeck und Ruprecht, Göttingen, 1967, s. 104 (Kısaltma: **Schmidt**, Kolleg); Aynı yazar, Lehrkommentar zur Strafprozessordnung Teil II, aynı yayınevi, Göttingen, 1957, s. 226, Kenar no: 5.

yor ki: «... Tutuklamanın ilk ödevi sanığı el altında tutmak ve eylemin aydınlanmasını mümkün kılmaktır. Bunun yanında tutuklama, cezanın fonksiyonlarını güvence altına almak amacına hizmet edebilir. Ağır bir suç işlemiş olduğu için serbest kalışı adalet duygusunu inciten sanığı tutuklamak kefarete (kötülüğü kötülükle karşılama) duygusunu yatıştırır. Veya işlenmiş eylemden hemen sonra kuvvetli ve çabuk bir tepki olarak genel önleyici bir etki yapabilir. Son olarak, tutuklama suçunun işleyeceği yeni suçları önleyerek genel güvenliğe hizmet edebilir<sup>7</sup>».

İmdi, tutuklamanın cezanın fonksiyonları için de kullanılması tartışmalı bir sorundur. Liberal görüş, tutuklamayı yalnızca soruşturmanın esenliği, yani aksamadan yürütülmesi için kullanmayı ister. Henüz bir yargı ile hüküm giymemiş kimsenin ne uslanmaya gereksinmesi vardır, ne de bu kimse cezanın genel önleme amacı için araç sayılabilir. Çünkü, sanığın beraat etmesi de ihtimal içindedir. Cezanın amaçları için kullanılmak tutuklamanın kötüye kullanılmasına yol açar.

Yasal düzenlenmede toplumun güvenliğine ağırlık veren görüş, tutuklamanın önleyici ve caydırıcı etkilerinden yararlanır. Yeniden suç işleme tehlikesini önlemeye, halkın öfkesini yatıştırmaya, devletin saygınlığını korumaya yarayan tutuklama nedenleri bu ikinci görüşe bağlıdır. Şu veya bu düşünceyle tutuklama sebeplerini genişletmek, son zamanlara değin Almanya'da totaliter bir devlet anlayışı olarak damgalanmıştı. Nitekim PETERS, 1936'da yukarıda dipnotta adı geçen yazısında tutuklamanın cezanın amaçları için de uygulanabileceğini yazdığı halde, Hitler yönetiminden sonra yayınlanan (1952, ikinci baskı, 1966) büyük yapıtında tutuklamanın böyle bir fonksiyonundan hiç söz etmemiştir<sup>8</sup>.

Bugün bir çok demokratik ülkede ve Batı Almanya'da tutuklamanın suçu önleme, halkın öfkesini (veya galeyanını) yatıştırmak gibi amaçlarla kullanıldığı bir gerçektir. Bunlar soruşturmanın aksamadan yürütülmesi amacı ile açıklanamaz. Bu amacın dışında kalırlar. Demek ki, bugün tutuklamayı yalnızca soruşturma amacının aracı sayan görüş bir ölçüde bırakılmıştır. Bununla birlikte şunu vurgulayarak yazmak gerektir ki, tutuklamayı, kefarete, halkın öfkesini yatıştırmak, yeni suç işlenmesini önlemek düşüncesi ile kullanmak çok tehlikeli ve sakıncalı olabilir. Bu yolda çok dikkat gösterilmezse tutuklama kolayca duygusal ve mekanik bir işleme dönüşür. Hattâ, «şüpheli cezası» yerine geçebilir. Bilindiği gibi, şüpheli cezası, ortaçağda suçu ispat edilemeyen sanığa, her nasılsa sanık olarak getirildiği için, verilen ceza idi. Suçu işlemiş olabileceği ihtimali

<sup>7</sup> K. Peters, Untersuchungshaft in: Handwörterbuch der Kriminologie (yayımlayanlar: A. Elster ve H. Lingemans) 2. Cilt, Berlin ve Leipzig, 1936 s. 850.

<sup>8</sup> K. Peters, Strafprozess, Ein Lehrbuch, Verlag C.F. Müller, Karlsruhe, 1952, s. 327 ve son.

ile verilen ceza. Yasada bu sayılan nedenler açısından iyi düzenlenmemiş tutuklama olanakları hâkimde, soruşturmanın daha başlangıcında bir ihtimali cezalandırmak eğilimini doğurabilir.

### III — Zorlayıcı Önlemlerin Genel Koşulları

Zorlayıcı önlemlerin hepsinde bulunması gereken koşullar, «genel koşullar» veya «önkoşullar» olarak nitelenir. Bunları önceden gözden geçirmek, daha iyi anlamayı ve uygulamayı kolaylaştırır. Bu koşullar, gecikmede tehlike (veya gecikemezlik) ve uygun orantı ilkesidir.

1. Gecikmede tehlike, önlemin derhal alınması gereğini anlatır. Zorlayıcı önlemin mahiyetinde ivedilik vardır. İş ivedi değilse gecici bir önleme gerek yok demektir. Kesin bir hüküm olmadan sanığın veya başka bir ilgilinin hak alanına girmeyi haklı gösteren neden ancak ivediliktir. Sanığın, örneğin kaçması, ya da delilleri bozması ihtimaline karşı ivedi davranmak zorunludur; ya da delil değeri olduğu halde kaybolmasından korkulan bir şeyi korumanın yolu o şeye hemen el koymaktır. İçinde suç delili bulunduğu umulan bir evin aranması ivedi bir iştir. Gecikmeden tehlike doğabileceği apaçıktır, ya da büyük ihtimal olarak görünmektedir. KUNTER ve TOSUN, «görünüşte haklı» olmasını, önlemin önkoşulları arasında saymışlardır<sup>9</sup>. Sanıyorum ki, bunu ayrı bir önkoşul olarak göstermeye gerek yoktur. Çünkü bu, önlemin ivedi gerekliliği içindedir. İvedi gerekli olan şey, haklıdır. Kaçmak ihtimali bulunan sanığın tutuklanması gereklidir. Önleminde gecikme sanığın kaçmasına, soruşturmanın veya yerine getirmenin (infazın) aksamına yol açar. O halde, tutuklamayı açıklayan etkeni, ivedilikten doğan gerekliliğe bağlamak doğrudur. Önlemi haklı gösteren durum budur.

Kimi zaman yasa, gecikme tehlikesinin ne zaman var olduğunu gösterir. Örneğin, soruşturmanın konusu ağır cezalı cürümlerden ise, sanık kaçacak sayılır (CMUK 104). Yani gecikmede tehlike vardır. Tehlike belirtici halleri böyle açıkça göstermediği yerde yasa, «gecikmesinde sakınca varsa» (CMUK 92, 96, 127) yolunda anlatımlarla işi hâkimin değerlemesine (takdirine) bırakmıştır. Her iki durumda da hâkimin değerlemesi (takdiri) geniş yer tutar. Örneğin, kaçma tehlikesi varsa sanık tutuklanabilir. Ancak kaçma tehlikesi var mıdır? Bu da bir değerlendirme sorunudur<sup>10</sup>.

#### 2. Uygun Orantı İlkesi (Verhaeltnismaessigkeitsgrundsatz)

Zorlayıcı önlem ile işin önemi arasında uygun bir orantı bulunmalıdır<sup>11</sup>,

<sup>9</sup>) Kunter, s. 472 no. 361, Tosun (uygulama koşullarından biri olarak) s. 627.

<sup>14</sup>) Schmidt, Kolleg, s. 104.

<sup>11</sup>) Schmidt, Kolleg, s. 105.

başka bir deyişle, zorlayıcı önlem işin önemine uygun olmalıdır<sup>12</sup>. Uygun orantı ilkesinin kısa anlatımı böyledir. İlkenin iyi anlaşılması biraz daha açıklama ister. Araç ile amaç, yöntem ile hedef arasında uygun bir orantı (veya ilişki) bulunması temel hakların mahiyetinden çıkan bir hukuk devleti ilkesidir. Bu, önlemin, bütün kişisel ve eylemsel (fiili) hal-lerin gözönünde tutulması (değerlenmesi) koşulu ile somut olayda erişilmek istenen amaca elverişli ve gerekli olması demektir. Önlemin gerektirdiği müdahale ile işin önemi ve var olan şüphenin (eylemin işlenmiş olmak şüphesinin) kuvveti arasında orantı (nisbet) bulunmalıdır. KLEINKNECHT'in, Batı Almanya Federal Mahkemesinin bir kararına dayanan açıklaması budur<sup>13</sup>. SCHMIDT'in yazdığına göre Federal Mahkeme bu uygun orantı ilkesine bir anayasa ilkesi saygınlığı tanımıştır<sup>14</sup>. Bu ilke «aşırı gitme yasağı» olarak da nitelenmektedir<sup>15</sup>.

Uygun orantı ilkesi, Alman CMUK.'nunda 1964'de yapılan değişiklikle açıkça yer almıştır: 121. paragrafın 1. fıkrası şöyledir: «Hakkında, eylemi işlemiş olduğuna ilişkin kuvvetli şüphe ve bir tutuklama sebebi varsa, sanık tutuklanabilir. Ancak tutuklama ile işin önemi ve beklenen ceza veya güvenlik ve iyileştirme (islâh) önlemi arasında uygun orantı yoksa, sanık tutuklanamaz».

İşte uygun orantı ilkesi, 112. paragrafın yargısına bu biçimi ile girmiştir.

Tutuklama ile işin önemi veya beklenen ceza arasındaki uygun orantıyı saptamak bir değerlendirme (takdir) işidir ve şüphesiz kolay bir iş değildir. Yargının değişikliğine ilişkin Alman hükümet önerisinde bu konuda çok makûl bir ölçünün bulunduğu yazılmıştır<sup>16</sup>. Buna göre tutuklamayı engelleyecek ters orantı, açıkça ve kesinlikle saptanabilir olmalıdır. Almanya da doktrin ve uygulama eskidenberi bu anlayışı benimsemiştir.

Bu konuyu bitirirken şunu da söylemek yerinde olur ki, uygun orantı ilkesi, ilgili yargılarda (hükümlerde) açıkça yazılmamış olmakla birlikte

<sup>12</sup>) **Kunter** (s. 471 no. 361), tehlike derecesi ile hak ve özgürlüğü kısıma derecesi arasında, bir diğer söyleyişle koruma tedbirinin (zorlayıcı önlemin) bedeli ile onu haklı gösteren gecikme-deki tehlike arasında bir nisbet bulunmasını «orantılılık ilkesi» olarak adlandırmıştır.

<sup>13</sup>) **Th, Kleinknecht**, Strafprozessordnung, 31. Aufl., des von Otto Schwarz begründeten Werkes, München, 1974, Einleitung bölümü, s. 5 (bu yapıtı, Dr. O. Schwarz'ın şerhinin yenilenmiş ve çok genişletilmiş biçimidir. Schwarz'ın yapıtını Rifat Taşkın Türkçe'ye çevirmişti. Adalet Bakanlığı yayını, Ankara. Bu yapıtı Schwarz-Kleinknecht kısaltması ile gösteriyorum.

<sup>14</sup>) **Schmidt**, Kolleg, s. 105, Kenar no. 180.

<sup>15</sup>) **Schmidt**, NJW cilt: 66 s. 1142 (Kleinknecht'den alıntı, a.g.y. s. 5)

<sup>16</sup>) **Schmidt**, Kolleg, s. 119 Kenar no. 210.

CMUK.'nunda vardır. Yasanın, tutuklama nedenlerini gösteren sırası (CMUK 104) tutuklama ile işin önemi (örneğin, kaçma şüphesi) veya beklenen cezanın ağırlığı (örneğin, suçun ağır cezalı olması) arasında uygun bir orantıyı öngörmüştür. Hakime, tutuklama halinin sürmesinin gerekli olup olmadığını incelemek ödevini yükleyen 112. Sıranın (maddenin) yargısı da uygun orantı ilkesinin bir uygulamasından başka bir şey değildir. Çünkü bu inceleme sonunda yeni duruma yani işin zamanla daha iyi beliren önemine göre yeni bir karar verilecektir. Bir önlem ilk önce caiz olmadığı halde yeni bir takım deliller getirildikten sonra caiz görülebileceği<sup>17</sup> gibi, bunun tersi de olabilir. Soruşturmanın ilerlemesi ile önleme gerek kalmayabilir. İşte 112. Sıranın temelinde bulunan ancak açıkça söylenmemiş bir anlam da budur: Uygun orantı ilkesini korumak. Bu orantıyı bozmamak için yeni durumun gereklerini gözetmek, tutuklama kararını belli zaman aralıkları ile gözden geçirmekle olanaklıdır. Hafif hapisli suçlarda tutuklamanın ayrıca koşullara bağlanması (CMUK 105) de uygun orantı ilkesinin bir anlatımıdır.

#### IV — Zorlayıcı Önlemlerde Yetki

Zorlayıcı önlem, ortada henüz bir mahkeme yargısı yokken bireyin hak ve özgürlük alanına etkili bir el uzatmadır. Bir kişi özgürlüğünden yoksun bırakılıyor (tutuklama) bir kimsenin malı elinden alınıyor (elkoyma) veya evi ya da üstü aranıyor (arama). Bundan ötürü zorlayıcı önlemlerin yasada açıkça yazılı olması ve hâkim kararına bağlı tutulması hukuk devleti ilkesinin gereğidir. Nitekim CMUK.'nunda da kural budur. Ancak gecikmesinde zarar olabilecek durumlarda savcı veya savcının yardımcısı sıfatı ile polis zorlayıcı önlem uygulayabilir.

Zorlayıcı önlemlerin, hâkimin yasal yollara açık tutulmuş kararına bağlı olmasının ilgili kişi için olabildiğince sağlam bir güvence belirttiği açıktır.

#### V — Zorlayıcı Önlemlerin Bölümlenmesi

Zorlayıcı önlemler bir kaç görüş açısından bölümlere ayrılabilir<sup>18</sup>. Önlemin yöneldiği hak veya özgürlük, önlemin amacı ve önlemden etkilenen kişi bakımından önlemler şöyle bölümlenir:

##### 1. Yöneldikleri (etkiledikleri) Değerler Bakımından Önlemler

a) Özgürlüğe yönelmiş zorlayıcı önlemler: tutuklama (CMUK 104), yakalama (CMUK 127), sanığın zorla getirilmesi (ihzarı) veya tutuklan-

<sup>17</sup>) Schwarz—Kleinknecht, agy, Einleitung bölümü, s. 6.

<sup>18</sup>) En ayrıntılı bölümlenme -bildiğime göre—Peters'in bölümlenmesidir: K, Peters, agy., s. 324—325.

ması (CMUK 133, 223/2), sanığın resmi bir kurumda gözaltına alınması (CMUK 74), tanığın zorla getirilmesi (CMUK 46) ve baskı hapsi (CMUK 63/2) görevi ile ilgili işlerde memurun tutuklanması (CMUK 157).

b) Vücuda yönelmiş zorlayıcı önlem: Üst arama (CMUK 94). Kaynak Alman Yasası, vücuda yönelmiş önlemler konusunda yeni ve ayrıntılı yargılar getirmiştir (81 a, b, c paragrafları).

c) Eve ve işyerine yönelmiş arama önlemi (CMUK 102 ve son).

ç) Mülkiyete yönelmiş önlem: Eşyaya elkoyma (CMUK 86, 283).

2. *Amaçları bakımından da önlemler şöyle ayrılırlar :*

a) Sanığın soruşturmada bulunmasını güvenceleyen önlemler:

Tutuklama, yakalama, zorla getirme, kayıp kişinin mallarına elkoyma (CMUK 283).

b) Delilleri koruyan önlemler: Tutuklama (çünkü sanığın delilleri yok etmesi veya bozması da bir tutuklama nedenidir), yakalama, sanığın zorla getirilmesi ve tutuklanması, tanığın zorla getirilmesi veya tutuklanması (çünkü tanık sözü delildir ve elde edilmek gerekir) ve sonuncusu, arama önlemi.

c) Yargının yerine getirilmesini sağlayıcı önlemler. Bunlar yukarda sayılan önlemlerin bir bölümüdür: örneğin, sanığın tutuklanması, verilecek cezanın yerine getirilmesini de güvence altına alır. 86. Sıraya göre zorlamanın kararına konu olabilecek eşyaya elkoyma işlemi, yerine getirme amacına yarar.

3. *Önlemden etkilenen kişiler açısından bölümlenme :*

a) Sanığa karşı önlemler. Tutuklama, yakalama, arama, eşyaya elkoyma.

b) Tanığa karşı önlemler, zorla getirme ve baskı hapsi (CMUK 63/2)

c) Üçüncü kişiye karşı önlem (CMUK 86, 87). Burada üçüncü kişi soruşturma ile ilgili olmamakla birlikte elinde, delil değeri olan bir şey bulduran kimse anlamındadır. Böyle bir şeye elkonulabilir ve o şeyi yanında bulduran teslimi zorlanabilir.

d) Herhangi bir kimseye karşı önlem (CMUK 157). Yukarda da sözü geçen bu yargıya göre olay yerinde bir soruşturma işlemi yapan yetkili memur (hâkim, savcı, polis) çalışmasını aksatan ya da engelleyen herkesi, çalışmanın bitimine değin, ama 24 saati geçmemek üzere tutulabilir. Bu tutma, şüphesiz 104. Sıradaki anlamı ile bir tutuklama değildir.



«Olay yeri»'ni burada geniş anlamak gerektir. Resmi binanın dışında da olsa soruşturma işlemlerinin (örneğin, keşfin, aramanın) yapıldığı her yerde bu yetki geçerlidir.

## İKİNCİ BÖLÜM

### ZORLAYICI ÖNLEMLER

#### BİRİNCİ BAŞLIK : TUTUKLAMA (TEVKİF)

##### I — Tutuklamanın Mahiyeti ve Amacı

1. Tutuklama, bir suç işlediği sanılan kimsenin (sanığın), soruşturmanın aksamadan yürütülebilmesi, ya da verilecek yargının yerine getirilmesi için, hapsedilmesidir. Tutuklamanın Almancadaki karşılığı, amacını belki daha iyi anlatmaktadır: Untersuchungshaft (soruşturma hapsi) <sup>1</sup>.

Gerçekten, bir suç işlemiş olmak kuvvetli şüphesi altında bulunan kişinin serbest kalışı çok sakıncalı olabilir, soruşturmayı ya da yargının yerine getirilmesini (infazını) güçleştirebilir, örneğin, sanık kaçabilir veya delilleri yok edebilir. Bu yüzden tutuklama, gerekli bir kurumdur. Gereklidir ama henüz bir mahkeme kararı ile hükümlenmemiş bir kişinin özgürlüğünü kaldırdığı için de ağır bir işlemdir. Von HIPPEL, bundan ötürü çok değerli kitabında tutuklamayla ilgili bölümün daha başında şöyle diyor: «Tutuklama ceza yargılanmasında zorunlu bir kötülüktür. Ağır olaylarda sanığın kaçmasını önlemek, isbat olanaklarının yok edilmesine engel olmak zorunludur. Tutuklama, tutuklanan için bir kötülük olduğu gibi öbür yandan devletin menfaatlerini de tehlikeye koyar<sup>2</sup>». Tutuklamanın, devletin menfaatlerini niçin tehlikeye koyduğu sorununa biraz sonra geleceğim.

Tutuklamanın faydasız bir kurum olduğu da ileri sürülmüştür ve denilmiştir ki, tutuklamada iki menfaat karşılaşmaktadır: Toplumun menfaati, sanığın koruma altında tutulmasıdır. Kişinin menfaati ise, özgürlüğünün kısıtlanmamasıdır. Uygulamada bu iki menfaati bağdaştırmak mümkün olmamıştır. Bundan başka tutuklamasız bir ceza yargılamasının başarısız olacağı ileri sürülemez. Eski Yunan ve Roma'da tutuklama yok-

<sup>1</sup>) Tutuklama üzerinde şu yazıda da geniş bilgi vardır: Turhan Tufan Yüce, Alman-Türk Ceza Muhakemeleri Usulünde Tevkif ve Tevkif Sebepleri, AD, 1961/5, s. 444 ve son.

<sup>2</sup>) Robert von Hippel, Der Deutsche Strafprozess, Marburg, 1941, s. 440.

tu. CARRARA, ölüm cezasına çarptırılan SOKRATES'in son dakikaya kadar serbest kaldığını yazmaktadır. Ayrıca, bugün polisin uluslararası örgütü, suçluların geri verilmesi yöntemlerinin gelişmesi sanığın yakalanmasını sağlayacak durumdadır. Öyleyse tutuklama faydasızdır<sup>3</sup>.

Bir bölümü ile yanlış bilgilere dayandığını sandığım bu düşüncelere katılmak ve sonunda tutuklamanın faydasızlığına varmak olanaksızdır.

Yukarıdaki açıklamada yer alan yanlış bilgiler şunlardır: Eski Yunanda ve Romada tutuklamanın bulunmadığı doğru değildir. Ve ölüm cezasına çarptırılmış olan SOKRATES'in son dakikaya kadar tam özgürlük içinde bulunduğu da doğru değildir. Bir başka incelememde de yazmış olduğum gibi<sup>4</sup>, eski Yunanlı büyük filozof, ölmeden önce tutuklu idi, hatâ cezaevinde zincire vurulmuştu<sup>5</sup>.

Eski Roma'da tutukluluk kurumunun bulunduğu iyi bilinmektedir. Bu konuda –bildiğime göre– en geniş araştırmaya kitabında yer veren yazar, Prag'da eski Alman Üniversitesi profesörlerinden Dr. Alois ZUCKER'dir. ZUCKER'in araştırmasına göre eski Roma'nın kiralık döneminde<sup>6</sup> ve daha sonra tutuklama vardı<sup>7</sup>. Cumhuriyet döneminde «dava sırasında sanığı tutuklamak majistranın kadim hakkı idi. Bu ilke, Roma

3) Faruk Erem, Ceza Usulü Hukuku, 3. Bası, Ankara, 1970, s. 417.

4) Turhan Tufan Yüce, Ceza Muhakemesi Hukukunda Hukuk Devleti Esasları, Erzurum, 1968, s. 87 dipn. 206.

5) Platon (Eflâton) un Kriton adlı diyalogunda Sokrates'in cezaevinde zincire vurulmuş olduğu apaçık bellidir. Sokrates'in öğrencisi Kriton, tutuklu filozofu kaçırmak için sabah erkenden cezaevine gelmişti. Filozofla Kriton arasında geçen konuşma şöyle:

«Sokrates: Niye bu kadar erken geldin Kriton'um:

Kriton: Evet henüz çok erken. Sokrates: Acaba sabahın ne vaktindeyiz? (saat kaç anlamına). Kriton: Tan yeri daha yeni ağardı. Sokrates: Cezaevi bekçisinin seni nasıl içeri bıraktığına doğrusu şaşıyorum.»

Bkz. «Kriton» diyalogunun Apoloji (Sokrates'in savunması) ile birlikte yayınlanan Almanca çev. F. Schleiermacher, Reclam yayını, Stuttgart, 1951, s. 63. Konuşmanın Atina devlet cezaevinde geçtiği bu çevirinin önsözünde de belirtilmiştir.

Sokrates'in savunmasının Türkçe çevirisinde Niyaze Berkes'in giriş başlığı altında bir incelemesi vardır. Bu incelemede de Sokrates'in cezaevinde tutuklu bulunduğu yazılıdır. Bkz. Platon, Sokrates'in Müdafaası, Çev. N. Berkes, Milli Eğitim Bakanlığı Yayını, Ankara, 1946, s. 19.

6) Alois Zucker, Die Untersuchungshaft vom Standpunkte der Österreichischen Strafgesetzbuch, Prag, 1873, s. 8 ve son.

7) Roma hukukunda tutuklama üzerinde kısa bilgi için bkz. Feyyaz Gölcüklü, Ceza Davasında Şahıs Hürriyeti (Türk Hukukunda Muvakkat Yakalama, Tevkif) Ankara, 1958, s. 43 ve son.

hukukunda tutuklamanın gelişmesinde daima gözönünde tutulmalıdır. Majistra gerekli gördüğü yerde sanığın kişisel özgürlüğünü sınırlayabilir-di<sup>8</sup>».

ZUCKER'in yazdığına göre İsa'dan önce 149 yılında başlayan quaestiones perpetua (sürekli ceza mahkemeleri) döneminde de tutuklama vardı<sup>9</sup>. İsa'dan sonra birinci yüzyılın ikinci yarısında ortadan kalktığı sanılan sürekli (daimi) ceza mahkemelerinden justinian'ın ölümüne değin süren -ZUCKER'den aynen- «bu dönemde tutuklama geçen dönemlere oranla daha çok kullanıldı. Denebilir ki, tutuklama bir kural oldu<sup>10</sup>».

Bu açıklamalar eski Yunanda ve Romada tutuklama bulunmadığı yolundaki bilginin yanlış olduğunu göstermeye yeter sanıyorum.

Tutuklamanın faydasızlığını kanıtlamak için ileri sürülen öbür düşüncelere gelince: tutuklamada sanığın ve toplumun menfaatlerinin karıştığı doğrudur ve bunları bağdaştırmak kolay değildir. Ancak olanaksız da değildir. İyi bir düzenleme tutuklamanın zararlarını en aza indirebilir. En aza indirilmiş bir kötülüğe katlanılabilir. Çünkü bu kötülük, von HIPPEL'in dediği gibi, zorunludur: bu kötülükten de kurtulmak için tutuklamayı kaldırmak, daha büyük kötülüklere yol açar. Bugün gerçekten gelişmekte olan uluslararası polis örgütü, modern ulaşma ve haberleşme olanakları sanıkların yakalanmasını kolaylaştırmıştır. Ne yazık ki, bu kolaylık bir güvence değildir ve unutmayalım ki, yalnızca polis değil suçlu da bu olanaklardan yararlanmaktadır. Üstelik şu da var: Soruşturmadan kaçan sanık yakalanıp savunması alındıktan sonra serbest bırakılınca cezanın yerine getirilmesinden de kaçır. Özellikle ağır suçlarda bu, beklenen bir şeydir. Bu kez polisin sanığı, cezasının yerine getirilmesi için arayıp bulması gerekir. Böylece, bir çocuk deyimi ile «hırsız-polis oyunu» sürüp gider. Ceza soruşturmasının bu oyuna tahammülü yoktur.

Sonuçta, önce söylediğimize dönmek zorundayız: Tutuklama bir kötülüktür. Ne var ki, zorunlu bir kötülüktür.

Şimdi tutuklamanın kötülüklerinden sözetmenin sırasındır.

## II — Tutuklamanın Etkileri

1. Yukarıda, von HIPPEL'in bir sözünü aktarmıştım: Tutuklama devletin de zararınadır. Gerçekten tutuklama iyi bir savunmayı güçleştirir. Çünkü sanığı dış dünyadan ayırır ve ruhsal ve bedensel etkileri ile

<sup>8</sup>) Zucker, agy, s. 19-20.

<sup>9</sup>) Zucker), agy, s. 45 ve son.d

<sup>10</sup>) Zucker, agy, s. 55.

onu hırpalar. Bu sonuç, «devletin adaletli bir ceza yargılamasının uygulanması ile gerçekleşecek menfaatine aykırıdır<sup>11</sup>». Bu düşünce doğrudur. Bu zorlayıcı önlem, kendi amacı dışında kötülöklere de yol açarsa adaletsiz olur ve adaletin zedelenmesi elbette devletin zarar görmesi demektir.

2. Tutuklamanın sanık üzerinde ruhsal ve bedensel zararlı etkileri gerçek midir? Gerçekse nasıldır? Tutuklamanın önemini anlamak için bu etkileri kısaca incelemek gereklidir. Bu konuda tutuklama ile ilgili ve dipnotlarımızda adları geçen iki değerli kitap yazmış olan Prof. ZUCKER'in açıklamalarını aynen çevirmek doğru olur. ZUCKER'in yapıtları yaklaşık 100 yıl önce yayınlanmıştır. Ancak yeri geldikçe, elimde bulunan yeni yayınlardan yapacağım aktarmalar ZUCKER'in saptamalarının eskimedığını gösterecektir.

ZUCKER diyor ki: «...Tutuklama, insan özgürlüğünün sınırlanması olarak yalnızca özgürlük alanına önemli bir müdahale değil, nitelik bakımından yasaya göre verilmiş bir cezadan daha ağırdır, etkilidir. Tutuklama, başlangıcı, devamı ve sonuçları açısından ceza olan hapisle karşılaştırılırsa bu durum meydana çıkar. Tutuklama, genel olarak hayat ilişkilerini, aile ve iş ilişkilerini, sosyal durumu, bir özgürlüğü bağlayıcı cezadan daha ağır etkiler<sup>12</sup>. Bunun sebebi şudur: Tutuklama, sanığı çoğu zaman hazırlıksız ve birdenbire yakalar: ceza ise sanığa işlerini düzene koyması için zaman ve fırsat verir. Sanığın durumunun yıldırım hızıyla değişmesi, birdenbire tutuklanma, ceza hapsinden daha yoğun bir etki yapar. Bir baba birdenbire aileden çekilip alınıyor ve aile birdenbire başdan yoksun kalıyor. Tutuklunun işi ve sosyal durumu (mevkii) uzun bir zaman için zarara uğramıştır. Tutuklunun aile çevresinden veya memuriyet odasından tutukevine birdenbire atılması ile düştüğü dehşet acıklıdır. Ceza hapsi ile tutuklama arasındaki farkı anlayabilmek için, böyle bir fecii durum değişikliğinin izlenimlerini, bedbahtların yürek parçalayan şikâyetlerini, ilk gecede tutuklunun deliye benzer durumunu yakından bilmek gerektir. Tutuklama, tertibi, biçimi, başlama tarzı ile sanığı

11) Von **Hippel**, agy., s. 440.

12) Almanya'da bir zamanlar konusunda temel kitap sayılan ve düşünceme göre bilimsel değerini bugün de büyük ölçüde koruyan «Das Verbrechen und seine Bekaempfung» (Suç ve Suçla Savaş) adlı kitabın (3. Baskı, Heidelberg, 1923) yazarı uzun yıllar cezaevi hekimi Prof. Dr. G. **Aschaffenburg**, ilgili konuda bir yazısında şöyle diyor: «...Evelâ hapsedme ile hareket serbestisi ortadan kalkar. Birdenbire ayırma (tecrit) aileden, dostlardan, toplumundan çekilip alınmak (**Radbruch** bunu entsozialisierung, toplumsuzlaştırma olarak niteliyor) devletin dev kuvvetinin önünde yalnız olmak mahpusu derinden sarsar. Geride kalanlar için endişe, aileye acıma, gelecekte korku vb» (**Aschaffenburg**, Die Bedeutung der Untersuchungshaft für die Ermittlung des Tatbestandes, Monatschrift für die Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform, 23. yıl, 1932, s. 259).

yıkar, perişan eder<sup>13</sup>. Ceza hapsinde (ceza olarak verilen hapiste) sanık dava süresince kendini hazırlamıştır, ceza çoğu zaman sanık için bilinmez değildir. Sanık aile fertlerinin, dostlarının tesellileri, kusurunun bilinci ile, cezasını çekmesi gerektiğini bile bile kaçınılmaz olan cezaya hazırlanmıştır. Bundan başka tutuklama, süresi boyunca cezadan daha ağır ve acı vericidir. Ceza hapsi pek uzun süreli değilse cezalı ne zaman çıkacağını kesinlikle bilir: o bilir ki, geçen her günle cezasının bir bölümünü daha çekmiştir. Kanaatimce burada hükümlüyü hapislik içinde ayakta tutan onun ruh halini gittikçe daha çok düzeltten çok önemli bir husus söz konusu olmaktadır. Ceza hapsinin sürmes ihükümlüye sürekli güç ve cesaret verdiği halde, tutuklama zamanla dayanma gücünü azaltır<sup>14</sup>. Tutuklamayı ceza hapsinden daha ağır ve etkili yapan bir husus da şudur: Hükümlü cezaevi düzenine göre çalışmak zorundadır, zaman kesin biçimde düzenlenmiştir, suçun acı verici hatırasını bir kenara attığı az değildir. Tutukluda durum yine başkadır. Davanın sonucuna ilişkin korku ve umut, çeşitli olanak ve ihtimaller, bunların hepsi tutuklunun ruhuna ağır tesirler yapar. Bu bakımdan da tutuklama cezadan ağırdır<sup>15</sup>.

3. VON HENTIG, tutuklamanın bir «ikrar laboratuvarı» olduğundan söz etmektedir. Çünkü diyor, tutuklananın Ceza Yargılama yöntemleri yasasında belirtilen amaçları yanında söylenmeyen, ancak hukuksal hayatta kendini belli eden başka amaçları da vardır. Tutuklama, tutuk-

<sup>13</sup>) Ceza ve suç ve ceza psikolojisi üzerinde Almanca ve İngilizce çok değerli bir çok yapıtların yazarı Prof. Dr. H. von **Hentig**, konu ile ilgili bir yazısında diyor ki: «Eğer psikiatri kitabını açarsanız deliliğin nedenleri olarak ruhsal heyecanlar (Gemütsbewegungen) bölümünde şunları okursunuz: Yakın gelecekteki felâketten korku, beklenmeyen bir olay üzerine duyulan dehşet, haksızlık karşısında öfke, bir kayıp karşısında umutsuzluk v.b. **Aschaffenburg** tutuklamada bir çok kişiliklerde gelişen durumu açıkladı. Ruhsal ve bedensel rahatsızlıkların açıklanamaz bir karışımı, kalp, kan dolaşımı, faaliyet, solunum ve uyku değişmektedir. (Von Hentig, yukarda **Aschaffenburg**'un yazısını içeren ve adı geçen Dergi'nin aynı sayısı s. 275-276.)

<sup>14</sup>) Bayan Dr. Liselotte **Bloem**, Lauerhof cezaevlerinde 1934 yılında yaptığı bir araştırmada tutuklamanın kadın tutuklular üzerindeki etkilerini saptamıştır. Bunlardan iki örnek: Bayan T.O. şöyle diyordu: «Bu kararsızlık, belirsizlik beni deli ediyor. Ben çok çektim, ancak bu hepsinden kötü», Bayan R.M. iki aylık tutukluluktan sonra kapıyı her açan memura sorardı: «Ne zaman tahliye edileceğim? Bu hal beni bitiriyor». Bir gün umutsuzlukla şöyle bağırdı: «Artık dayanamıyorum. Bana iki yıl hapis cezası verseler bile bundan iyi. Hâkime de söyledim, bana bir ceza veriniz», **L. Bloem**, Die Stuation der Straferwartung in der Untersuchungshaft, Heidelberg, 1934, s. 9-10.

<sup>16</sup>) Alois **Zucker**, Die Reformbedürftigkeit der Untersuchungshaft, Prag, 1879, s. 2-7.

lunun iradesi üzerinde sürekli artan bir baskı yapar, sanığı ikrara hazırlar, suçunu söylemek için olgun hale getirir. Böyle bir ikrar, soruşturmanın olumlu bir sonucu olarak kaydedilebilir<sup>16</sup>.

Von HENTIG'in bu düşüncesini çok ihtiyatla karşılamak gerektir. Çünkü baskı altında bir ikrarın gerçeğe uymaması ihtimali vardır. Sanık ikrarla kurtulacağını umarsa yalan söyleyebilir. Bu yüzden von HENTIG, Prof. HEINZE'den aldığı şu sözü de dipnotuna yazmıştır: «Zor, ikrarın delil kuvvetini harap eder<sup>17</sup>».

### III — Tutuklama Nedenleri

Ceza yargılama yasaları ya tutuklama nedenlerini tek tek sayarlar ve tutuklamanın ancak bu nedenlerden birine dayanılarak yapılabileceğini söylerler, ya da tutuklamayı hâkimin değerlemesine (takdirine) bırakırlar. Alman, Türk, Belçika, Avusturya, İsviçre kantonlarından örneğin Basel (Bâl) yasaları tutuklama sebeplerini bir bir saymışlardır. Bu sistemin tutuklama nedenlerini saymayan sisteme göre daha güvenceli olduğu ileri sürülebilir. Alman ceza yargılama yasasının gerekçesinde, Fransız yasasının tutuklama nedenlerini göstermemiş olmasını, Fransız yazarı HELIE'nin kötü kullanışlara yol açacak bir boşluk saydığı belirtilmiş ve bu sistemin taklit edilecek bir şey olmadığı açıklanmıştır<sup>18</sup>.

Ceza Muhakeme Usulü Kanunumuz kaynak Alman yasası gibi tutuklama nedenlerini tek tek göstermiştir. Ancak Alman yasasında olmayan yeni nedenler de eklenmiştir.

#### 1. Tutuklama Nedenlerinin Önkoşulu

Alman-Türk yargılama hukukunda bütün tutuklama nedenlerinin önkoşulu kuvvetli şüphe (dringende Tatverdacht) dir. (CMUK 104/1, Alman StPO 112).

Yasamız Alman yasasının «Tatverdacht» deyimini yerine «kuvvetli emare» demiştir. Tatverdacht, eylem şüphesi diye çevrilebilir. Daha serbest bir çeviri «eylemi işlemiş olmak şüphesi» biçiminde olabilir. Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunumuzun «kuvvetli emare» deyimini ile anlattığı bu şüphe, tutuklamanın önkoşulu olarak basit ya da yeterli bir şüphe değil, «kuvvetli şüphe» (dringender Verdacht) olmalıdır. Alman CMUK.

<sup>16</sup>) Von Hentig, s.g. inceleme, s. 280-281.

<sup>17</sup>) Von Hentig, s.g. inceleme, s. 280 dipn. 1.

<sup>18</sup>) Entwurf einer Strafprozessordnung für das Deutsche Reich mit Motiven und Anlagen, Berlin 1874, Pragraf 101, 102, s. 155.

projesinde bu deyim yerine «yeterli sebepler» (hinreichende Gründe) anlatımı vardı<sup>19</sup>. «Yeterli Sebepler» yeterli görülmemiş olacak ki, sonradan yerine kuvvetli şüphe kavramı konulmuştur.

CMUK.'nunda «yeterli sebep» kavramı da vardır. Gerçekten, 196. Sıranın yargısına göre «ilk tahkikat neticesinde maznunun cezayı mucip bir suç işlediği zannını verecek kâfi sebepler görülürse sorgu hakimi son tahkikatın açılmasına karar verir». Demek ki, yeterli neden, son soruşturmanın açılması için yeterlidir, tutuklama için değil.

Önemine göre kuvvetli şüphe üzerinde biraz daha durmak yararlıdır. Yasa, tutuklama gibi ağır bir işlem için şüphenin yüksek bir derecesini aramaktadır. Son soruşturmanın açılması da sanığı mahkeme önüne çıkaran önemli bir işlemdir. Yine de bu işlem sanığın özgürlüğüne doğrudan bir müdahale olan tutuklamaya göre daha az önemlidir. Bundan ötürü iki ayrı durumu düzenleyen ve değişik deyimler kullanan yargılar (104. ve 196. Sıralar) arasında bir çelişki<sup>20</sup> yoktur. «Yeterli neden» üstün bir ihtimali değil, yalnızca belli bir ihtimali anlatır<sup>21</sup>.

Doğru bir açıklamaya göre hâkim önüne getirilen olay üzerinde mahkûmiyet olanakları açısından üstün ihtimal belirten bir yargıya varabiliyorsa kuvvetli şüphe vardır<sup>22</sup>. İhtimal ilerde gerçekleşmeyebilir. Bu, zaten ihtimal kavramının tabiatıdır. Ve bundan dolayı burada in dubio pro reo kuralı uygulanmaz. Uygulansaydı sanık için daha elverişli olan suçun gerçekleşmeme ihtimaline göre yargıya varmak gerekirdi. Ancak yine de hâkim, işin önemi ile tutuklama arasında ilerde bir ters orantı çıkıp çıkmayacağını araştırmalıdır<sup>23</sup>. Örneğin, eylemin para cezası ile cezalandırılmak olanağını gözönünde tutmalıdır.

Tutuklama için kuvvetli şüphe gereklidir, ama yeterli değildir. Eylemde, cezalandırılabilmenin öbür koşulları (suçun öbür öğeleri), yani hukuka aykırılık ve kusur da bulunmalıdır<sup>24</sup>.

Olayda kaldırılmaz bir dava engeli (örneğin, af, yakınca süresinin geçmiş olması, ne bis in idem vb.) varsa tutuklama yapılamaz. Şu var ki, tutuklama için bütün dava koşullarının varlığını aramaya gerek yoktur.

<sup>19</sup>) Yukarda sözü geçen Entwurf (proje) Paragraf: 101, 102, s. 155.

<sup>20</sup>) Graf zu **Dohna** bu çelişkiden söz ediyor (**Schmidt**'den ag. Lehrkommentar, s. 274 kenar no 8)

<sup>21</sup>) **kPeters**, agy., s. 328.

<sup>22</sup>) **Schmidt**, Lehrkommentar, 112. Paragraf açıklaması 2. 274, Kenar no. 9.

<sup>23</sup>) **Schwarz/Kleinknecht**, 112. Paragraf, s. 289-290.

<sup>24</sup>) Eduard **Kern**, Strafverfahrensrecht, 8. Bası, München-Berlin, 1964, s. 131.



Durum, dava koşulları bakımından bir ölçüde belirsiz olabilir. Böyle bir durumda da 130. Sıranın yargısı tutuklama olanağını öngörmüştür<sup>25</sup>.

## 2. Kaçma Tehlikesi

a) Yasanın 104. Sırasında yer almış ilk tutuklama nedeni kaçma şüphesidir. «Kaçma şüphesini uyandıracak vakıalar bulunursa» sanık, suçu işlediğine ilişkin kuvvetli şüphe (veya yasanın deyimi ile belirti) de varsa tutuklanabilir.

Birinci hal: Soruşturma konusu olan suç ağır cezalı bir suç ise.

İkinci hal: Sanığın ikâmetgâhı veya meskeni yoksa veya sanık şüpheli ve serseri takımından olup kim olduğunu isbat edemiyorsa.

Üçüncü hal: Yabancı olup da hâkimin çağrısına uyacağı veya verilecek yargının yerine getirilmesi için geleceği üzerinde şüphe uyandıran ciddi sebepler varsa.

Burada, sözün başında, kaynak Alman yasının ilgili yargısı (112. Paragrafın 1. Fıkrasının 2. Bendi) ile Yasamız arasındaki ayrılığı belirtmeliyim.

Alman Yasının bir kaç değişiklik geçirmiş olan ilgili yargısının 1 Mart 1979'da aldığı son biçiminde sanığın kaçak olması ile kaçma tehlikesi ayrı ayrı düzenlenmiştir : «Eğer sanığın kaçak olduğu ya da saklandığı saptanmışsa» ve «somut olayın özelliklerinin (hallerinin) değerlendirilmesi, sanığın soruşturmadan kaçacağını gösteriyorsa», sanık tutuklanabilir.

b) Sanığın nerede bulunduğu bilinmemesi ya da zor ulaşılabilir bir yerde olması, kaçma tehlikesinin varlığının kabulü için yetmez. Kaçma iradeli (bilinçli) bir uzaklaşma olmalıdır<sup>26</sup>. Mesleğinin kaçma için elverişli olanaklar içermesi de kaçma şüphesinin gerekçesi olmaz. Ancak mesleğinin bu olanaklarından kaçma için yararlanacağı yolunda dayanaklar varsa sanık tutuklanabilir. Sanığın elverişli durumlardan yararlanabileceği, başka olgulardan, örneğin başka bir vesile ile ortaya koyduğu güvenilmezliğinden çıkarılabilir<sup>27</sup>.

<sup>25</sup>) Schmidt, Lehrkommentar, 112. Paragraf, s. 277 Kenar no. 18.

<sup>26</sup>) Müller/sax (KMR), Kommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassung- und Ordnungswidrigkeitengesetz (Kurucuları: Kleinknecht/Müller/Reitberger) Fachverlag Dr. Stoyscheff, Darmstadt, 1966, 112. Paragraf s. 400 no. 3 a.

<sup>27</sup>) Müller/sax (KMR), aynı yer no. 3 b.

İntihar ihtimali, kaçma şüphesi demek değildir<sup>28</sup>.

c) 104. Sıranın son bölümünde gösterilen durumlarda sanığın kaçacağı varsayılmıştır. Bu hallere kaçma karineleri denir<sup>29</sup>. Ancak bunları «kat'i karineler»<sup>30</sup> olarak nitelemek doğru değildir. Çünkü kesin karine, çürütülemeyen, tersi ispatlanamayan karine demektir. Burada ise karinelerin çürütülmesi yolu açıktır, hattâ LÖWE'nin düşüncesine göre hâkim, somut olayda karineyi düşüren hallerin bulunup bulunmadığını daima yoklamalıdır<sup>31</sup>. Türk yazarlarının çoğunluğu da sözü geçen karinelerin çürütülebilir olduğunu yazmışlardır<sup>32</sup>. Gerçekten ağır cezalı bir suçtan sanık olan kişinin kaçacağına kesin gözü ile bakmak yerine somut olayın özelliklerine bakıp bir yargıya varmak çok daha doğrudur.

Beklenen cezanın ağır oluşu, tek başına, kaçma tehlikesinin varsayılmasına yeter mi? Çok tartışmalı olan sorun budur. İkâmetgâhı veya meskeni bilinmeyen ve kim olduğunu da kanıtlayamayan bir kimsenin ya da soruşturmaya geleceğinden kuşku duyulan yabancıнын kaçacağını varsaymak anlaşılır bir şeydir. Ama beklenen cezanın ağırlığı da böyle bir varsayımı haklı gösterir mi?

Alman Yasası da, çevirisini yukarıya aldığım yargısında kaçma tehlikesi (Fluchtgefahr)'nin, somut olaydaki hallerin (die Umstände des Einzelfalles) değerlendirilmesinden çıkarılabileceğini açıklamakla birlikte 112. paragrafın (3) nolu son fıkrasında saydığı bir takım ağır suçları, örneğin öldürme, tasarlayarak öldürme vb. işlemiş olmak kuvvetli şüphesi altında bulunan sanığın, kaçma veya delilleri bozma tehlikesi olmasa bile tutuklanabileceğini bildirmiştir. Gerçekten kaynak Alman yasası bu ve bundan sonraki 112 a paragrafı ile tutuklama nedenlerini eskiye göre çok genişletmiştir. Görüldüğü gibi (3) no.lu fıkrada, suçun ve dolayısıyla beklenen cezanın ağırlığı bir karine oluşturmak yolu ile değil, doğrudan bir tutuklama nedeni olarak yasaya alınmıştır. Şimdi bu düzenleme biçimini bir yana bırakarak bizi de ilgilendiren Alman doktrininin ve içtihatlarının, beklenen cezanın ağırlığına dayanan karine üzerine de ne düşündüklerini gözden geçirelim.

İnceleyebildiğim yazarlar, beklenen cezanın ağır oluşundan sanığın kaçacağı sonucunu çıkaran düşünceye karşıdırlar.

<sup>28</sup>) Löwe/Rosenberg, Die Strafprozessordnung für das Deutsche Reich, 13. Bası, Berlin, 1913, 112. Paragraf s. 455 no. 4 a, Müller/sax (KMR) aynı yer.

<sup>29</sup>) Löwe/Rosenberg, 112. Parag. s. 455 So. 4 b.

<sup>30</sup>) B. Kantar, Ceza Muhakemeleri Usulü 1. Kitap, 3. Baskı, Ankara, 1950 s. 153, Erem, agy., s. 423.

<sup>31</sup>) Löwe/Rosenberg, aynı yer.

<sup>32</sup>) Kunter, s. 482, no. 365, Gölcüklü, agy. 87, Tosun I, s. 648.

aa) Bu konuda önce ZUCKER'in açıklamasına bakalım: «...burada da gerçek neden kamufle edilmek isteniyor. Deniyor ki, suçun büyüklüğü kaçma ihtimalini de büyütür. Fakat unutuluyor ki, suçun ağırlığına rağmen somut olayın durumuna göre kaçma ihtimalinin imkânsız olduğu haller vardır: Öfkeye kapılarak oğlunu öldüren bir baba düşünelim. Kendiliğinden yetkili makamlara haber veriyor. Veya başka bir suçlu vicdan azabına dayanamayarak suçunu ikrar ediyor. Bu olaylardan kaçma tehlikesi nerede? ... Yalnız istisnai hallerde değil, tersine, tutuklamaların bir çoğunda suçun ağırlığı tutuklama nedenidir. Çünkü, ağır bir suçla suçlanan kişinin özgürlüğüne sahip olmasına dayanamıyoruz. Suçüstü durumunda olduğu gibi burada da bizi tutuklamaya götüren sebep kefaret ve öç duygusudur. Kalabalığın kefaret duygusu zorunlu tutuklamayı haklı gösteriyor<sup>33</sup>. Eğer eylemcinin (failin) işlediği suçun ağırlığından ötürü kaçma ihtimali varsa kaçma şüphesine dayanan tutuklama yerlidir. Öyleyse bu sebep gereksizdir. Hattâ bu sebep hukuka aykırıdır. Çünkü, bu sebep beklenen cezanın yüksekliği halinde adalet organlarını tutuklamaya alıştıtır ve bu alışkanlık gerçek kaçma tehlikesini, suç ağır görülmediği zaman gözden kaçıtır<sup>34</sup>».

bb) Yeni yazarlar da beklenen cezanın ağırlığı ile kaçma tehlikesi arasında zorunlu bir bağlantı kurulmasına karşıdır. Nürnberg Yüksek Mahkemesi (OLG), beklenen cezanın ağırlığı ile kaçma tehlikesi arasında kurulan bağlantıyı «hayatın genel tecrübesine dayanan kârîne olarak» nitelemiştir<sup>35</sup>. Yüksek mahkeme bu kârînenin çürütülebilir olduğunu da belirttiği halde eleştirilmiştir. Bu görüş, denilmiştir, verilecek yargının önüne geçiyor, bir kehanet iddiası taşıyor<sup>36</sup>. Verilecek cezanın ağır olacağını daha soruşturmanın belli bir basamağında söylemenin bir kehanet (falcılık) olacağı belirtilmektedir.

CELLE yüksek mahkemesi 11.10.1949 tarihli kararında açıkça diyor ki: «Bir yılı geçen özgürlüğü bağlayıcı cezanın kaçma tehlikesini temellendireceği yolundaki mefruz tecrübe ilkesi diye bir şey yoktur<sup>37</sup>».

Bu açıklamalardan sonra Türk hukuku bakımından da çok önemi olan bu sorunda şöyle bir sonuca varılabiliriz: Suçun ağırlığı ve beklenen ce-

33) Zucker'in sözünü ettiği neden, 1873 tarihli Avusturya Ceza Yargılama Yasasının 175/4. sırasındadır: «Yasaya göre ölüm cezasını veya en az 10 yıl ağır hapsi gerektiren bir ceza söz konusu ise hâkim sanığı tutuklamak zorundadır». Bu yargı., 1975 tarihli yeni Avusturya Yasasında da biraz değişik biçimde vardır (175. Paragraf, fıkra 2).

34) Zucker, sg. Reformbedürftigkeit, s. 26 ve son,

35) Schmidt'den alıntı., Lehrkommentar 112. Paragraf, s. 275 Kenar no. 14.

36) Alsberg'in düşüncesi Schmidt'den alıntı, aynı yer.

37) Schmidt'den alıntı, aynı yer.

zanın yüksekliği tek başına sanığın tutuklanmasını gerektirmez. Alman Anayasa Mahkemesinin KERN'de özetle aktarılan şu kararı doğrudur: Yasada gösterilen ağır suçları işlemiş olmak kuvvetli şüphesi altında bulunan kimseyi, tutuklamanın öbür koşullarının bulunup bulunmadığına bakmadan tutuklamak, hukuk devleti için endişe verici bir şey olurdu<sup>38</sup>.

Somut olarak iyi incelemeden, özelliklerini ölçüp tartmadan yalnızca suçun ağırlığına bakarak kaçma tehlikesinin varlığını kabul etmek haksız olabilir. Bu konuda yazarların önem verdikleri olgular, sanığın aile ilişkileri<sup>39</sup>, kişisel ilişkileri, gelir ve iş durumu, yaşı ve sağlık durumu, seyahat olanakları vb. hallerdir<sup>40</sup>.

### 3. Delilleri Bozma Tehlikesi

a) Alman hukukunda «karartma tehlikesi» (Verdunkelungsgefahr) denilen bu tutuklama nedenine, Türkçemizde delilleri bozma tehlikesi diyebiliriz. Bu terim, kavramı öbüründen daha kolay anlatabilmektedir. CMUK.'nun 104/2. sırasında bu tutuklama koşulu şöyledir:

«Suçun izlerini yok etmeye veya şeriklerini uydurma beyanata yahut şahitleri yalan şahitliğe veya şهادetten kaçınmaya sevkeyeyeceğini gösterir haller bulunursa», sanık tutuklanabilir.

O halde delilleri bozma kavramı içinde delilleri yok etme de vardır. «Bozma» yı böylece geniş anlamak gerektir.

Kaynak Alman Yasasında «karartma tehlikesi» nin bugünkü anlatımını da gözden geçirmek yararlı olabilir:

«Sanığın, a) delilleri yok etmesi, değiştirmesi, ortadan kaldırması, gizlemesi, bozması ya da b) suç ortaklarını tanıkları veya bilirkişileri hukuksal aykırı biçimde etkilemesi, c) başka bir biçimde bu gibi davranışlarda bulunması yüzünden gerçeğin ortaya çıkmasının güçleşmesi tehlikesi» tutuklama nedenidir.

b) Sanığın suçunu inkâr etmesi, delilleri yok etme veya bozma demek değildir. Öyleyse sanık yalnızca bu yüzden tutuklanamaz<sup>41</sup>.

Sanığın delilleri bozmaya girişeceği yolunda genel bir karine de tutuklama için yetmez. Olanakların kötüye kullanılması, sömürülmesi varsayımını haklı gösterecek belirli, açık olgular bulunmalıdır<sup>42</sup>.

<sup>38</sup>) Kern, agy., s. 133.

<sup>39</sup>) Schmidt, bu ilişkiler için « özellikle çok önemli» diyor, aynı yapıt s. 276 kenar no. 15.

<sup>40</sup>) Schmidt, aynı yer, Müller/sax (KMR), s. 400 no. 3 b.

<sup>41</sup>) Müller/sax (KMR), 112. Paragraf s. 401 b, 2.

<sup>42</sup>) Peters, agy., s. 329.

Bizim uygulamalarımızda tutuklamaya veya salıverilme (tahliye) isteğinin geri çevrilmesine neden gösterilen «tahkikatın henüz ikmal edilmemiş olması» klişesine<sup>43</sup> karşı şu doğru görüşü buraya aynen alıyorum: «Tahkikatın henüz bitmemiş olması ve bu yüzden delillerin karartılabileceği ihtimali, karartma niyetini temellendirmez. Karartma niyeti açık, belirli olmalıdır, yani, hayat tecrübesine göre sanığın bir karartma eylemine girişeceği belli olgulardan çıkarılabilmelidir<sup>44</sup>».

Delilleri bozma girişimi ya maddi isbat araçlarına ya da kişilere (tanık ve bilirkişiye) yönelmiş olabilir.

aa) Bir belgeyi yırtmak, yakmak, bir silâhı kullanılmaya elverişsiz hale getirecek biçimde bozmak vb. Yeni deliller uydurmak, örneğin sahte bir belge düzenlemek de böyledir. Delil olarak kullanılmasına olanak bulunmayan eşyayı bozup kırmak, delilleri bozma değildir<sup>45</sup>. Örneğin, ateşli silâhla işlenmiş bir suçun eylemcisi sanılan kişinin, evinde bulunan yasak bıçağı saklamış olması, delili bozma değildir ve bu olayda tutuklanma nedeni olmaz.

bb) Tanığı yalan söylemesi için kandırmak, ifade değiştirmeye ya da ifade vermemeye zorlamak, bilirkişiye etki yapmaya çalışmak, kişilere yönelmiş bozma eylemleridir.

Sanığın, çekinme hakkı olan (CMUK 47) bir tanıktan çekinme hakkını kullanmasını yani tanıklık yapmamasını istemesi, delilleri bozma değildir. «Yasakoyucu, tanıklıktan çekinme hakkını tanımakla, sanık ile yakını arasındaki insanca bağlılığı gözönünde tutarak, gerçeği aramaktaki toplum menfaatini arka plâna itmiştir<sup>46</sup>». Ancak sanığın tanıklıktan çekinme hakkı olan bir yakını (örneğin, nişanlısını) yalan söylemek için kandırmaya çalışması, delilleri bozma girişimidir<sup>47</sup>».

c) Delilleri bozma tehlikesine dayanan tutuklama nedeni çok eleştirilmiştir. Bir düşünceye göre suçun izlerini yok edeceğinden korkulan sanık tutuklanmış olsa bile bu, soruşturmanın esenliğini sağlamaya yet-

<sup>43</sup>) **Kunter** (s. 483 no. 365 dipn. 324): «Tatbikatta çok defa (tahkikatın henüz ikmal edilmemiş olması) denilmektedir. Bunun, delillere tesiri gösteren hallerin mevcudiyetinin kararda gösterilmesi demek olmadığı, bu yoldaki tatbikatın kanuna aykırı olduğu açıktır»,

<sup>44</sup>) **Müller/sax** (KMR), aynı yer.

<sup>45</sup>) **Müller/sax** (KMR), aynı yer, s. 400 No. 4 a,

<sup>46</sup>) **Dallinger**, Schmidt'den, Lehrkommentar, §. 277. kenar No. 16.

<sup>47</sup>) **Schmidt**, aynı yer.

mez. Çünkü sanığın ailesi, yakınları ve dostları soruşturmayı zorlaştırabilir. Devlet sanığı tutuklamak yerine elindeki olanaklarla sanığın soruşturmaya zarar verici faaliyetini önlemelidir. Sanığın suçun delillerini daha iyi bilmesine karşılık devletin elinde denge sağlayıcı yetkiler vardır<sup>48</sup>. Hukuk delillerin saptanması ve korunması için devlete yeterli araçlar vermiştir, yalancı tanıkları cezalandırmak, ev aramak, şüpheli kişinin üstünü aramak, delil olabilecek eşyaya elkoyma, tanıkları ve bilirkişileri dinlemek, devletin her zaman yararlanabileceği olanaklardır<sup>49</sup>. Bundan ötürü ceza yargılaması hiç bir zarar görmeden bu tutuklama nedeninden vazgeçebilir<sup>50</sup>.

Bu konuda von LISZT'in düşüncelerini de alalım: «Medeni yargılama hukukunda büyük maddi değerler söz konusu olduğu halde delilleri bozma veya yok etmeden dolayı tutuklama olmaksızın da işler yürütülebilmektedir. Sanığın tanıklarla ve bilirkişilerle konuşmak hakkı bence makûl bir düşüncedir. Bu hak, bu nedene dayanan tutuklama ile hayal olmaktadır. Eğer bu tutuklama nedeni kaldırılmayacaksa Avusturya ve Macar hukuklarında olduğu gibi tutuklamanın en uzun süresi mutlaka saptanmalıdır<sup>51</sup>.

Bu eleştiriler bir ölçüde haklı olabilir. Bunlar, delilleri bozma tehlikesine dayanan tutuklamanın gereksizliğini göstermez. ancak yerinde ve dikkatle kullanılması gereğini vurgular. Bu tutuklama nedeni hemen bütün uygar ülkelerde vardır. İngiliz hukukunda bu nedenin bulunmadığı yazılmış idi<sup>52</sup>. Bu bilgiyi veren kaynaklar, dipnotlarında göstermiş olduğum tarihlerinden de anlaşılacağı gibi eskimiştir. İngiliz hukukunda son durumu, KUNTER'in bir notundan öğreniyoruz: Alman hükümeti, «delillerin karartılmasının Anglosakson hukukunda tutuklama sebebi olmadığı» iddiası üzerine durumu Oxford üniversitesine sormuştur, adı geçen üniversite bu iddianın yanlışlığını bildirmiştir<sup>53</sup>.

---

<sup>48</sup>) Zucker, Reformbedürftigkeit, s. 41.

<sup>49</sup>) Hetzel – die Untersuchungshaft nach deutschem, österreichischem, französischem und englischem Rechte (Strafrechtliche Abhandlungen, yayınlayan: Ebeling), Breslau, 1899 s. 24 (bu yapıttaki karşılaştırmalı hukuk bilgileri eskimiştir. Bu konuda en yeni ve değerli Almanca kitap şudur: H.H. Jescheck, Die Untersuchungshaft im deutschen auslaendischen und internationalen Recht, 1971).

<sup>50</sup>) Hetzel, a.g.y., s. 25.

<sup>51</sup>) F. von Liszt, Die Reform des Strafverfahrens, Berlin, 1906, s. 44,

<sup>52</sup>) Zucker, Reformbedürftigkeit, s. 49, Hetzel, a.g.y. s. 25,

<sup>53</sup>) Kunter, s. 483 dipn. 325.

Yeni Alman yazarlar arasında-bildiğime göre- bu tutuklama nedenini gereksiz bulan yoktur. Tersine, Prof. KERN bu nedenden vazgeçilemeyeceğini yazmaktadır. Yazara göre sorunu yalnızca sanık açısından değil, kamunun menfaati açısından da düşünmek gerektir. Kamunun menfaati, yalnızca bireyin özgürlüğüne açıkca belirlenmiş dar yasal koşullar altında ve olabildiğince dar sınırlar içinde müdahale edilmesinde değildir, tersine, suçun meydana çıkarılması ve suçlunun hak ettiği cezaya çarptılması da kamunun menfaati gereğidir<sup>54</sup>.

#### 4. Suçun Özel Niteliği

Kaynak Alman yasasına ve CMUK.'muza sonradan eklenen yargı-larla açıklanan bir takım suçları işlemiş olmak kuvvetli şüphesinin tutuk-lama için yeterli sebep sayılması kurallaştırılmıştır. Her iki yasanın da düzenleme biçimlerinden anlaşıldığına göre bu belli suçları işlemiş olmak kuşku altında bulunan sanığın tutuklanması için artık kaçma ya da delilleri bozma tehlikesinin bulunup bulunmadığını aramaya yer yoktur. Suçun niteliği tutuklama için yeterlidir. Şimdi bu tutuklama nedenlerini Türk ve Alman hukukları bakımından gözden geçirelim:

a) CMUK.'nun 104. Sırasının 1. Fıkrasının 3 no.lu bendine göre:

«suç devlet ve hükümet nüfuzunu kıran veya memleketin asayişini bozan fiil-lerden bulunur veyahut adabı umumiye aleyhinde olursa» sanık tutuklanabilir.

aa) İlkın, işlenen eylemin devlet ve hükümet nüfuzunu kırarak nite-likte olması tutuklama nedenidir. Böyle bir tutuklama nedeninin demok-ratik bir hukuk devleti düzeninde gereği tartışılabilir. Çünkü, demok-ratik hukuk devleti düzeninde kişinin özgürlüğüne özen gösterilmelidir. Devletin varlık nedenlerinden biri, bu özgürlüğü korumaktır, özgürlükle toplum düzenini adaletli ve rasyonel kurallar içinde bağdaştırmaktır. Ki-şinin, devlet nüfuzunu kırmış olması ihtimali ile (ihtimal büyük de olsa) tutuklanması, yukarda sayılan değerlerin âdil bağdaşımı sistemini zede-leyebilir. Devletin nüfuzuna gereğinden çok ağırlık verilmiş olabilir. Esa-sen yargıdaki anlatım çok geniş uygulamaya da elverişlidir. Bu yüzden bu yargıya dayanan tutuklama yetkisini kullanmak dikkat ve özen ister. Tutuklama hiç bir halde zorunlu olmadığına göre hâkim, somut olayı demokratik anlayışla değerleyerek doğru sonuca varabilir.

bb) Suçun «memleketin asayişini bozan fiillerden olması» da tutuk-lama nedeni sayılmıştır. Bu anlatım her suçta tutuklamaya olanak verecek genişliktedir. Gerçekten TANER'in dediği gibi «umumi ve geniş ma-

<sup>54</sup>) Kern, agy, s. 132.

nâda alınırrsa denebilir ki her suç memleketin asayişini bozar. Şu halde hemen her suç için tevkif tecviz edilmiş olur. Halbuki kanun koyucunun maksadı herhalde bu olmasa gerektir, maksat huzur ve emniyeti esaslı surette bozan oldukça ağır suçlardır<sup>55</sup>».

cc) Suc «adabı umumiye» ye karşı olursa sanık tutuklanabilir. Bu da çok geniş yoruma ve uygulamaya elverişli bir tutuklama olanağıdır. Yine TANER'in dediği gibi «pek çirkin olmakla beraber bir söz atma fiilinin de tevkifi müstelzim sayılması mümkündür»<sup>56</sup>.

Ancak burada da suçun gerçekten incitici, öfke uyandırıcı niteliğine bakılmalıdır. Umumi adaba karşı işlenmiş ağır suçlarda sanığın serbest kalışı halkın nefret duygularını kamçılatabilir ve hattâ bir yazarımızın dediği gibi «ihkaki hak» yolunu açabilir, tutuklama sayesinde sanık da korunmuş olur<sup>57</sup>.

CMUK.'muzda tutuklamanın böyle alabildiğince geniş nedenlerle düzenlenmesi, iddia edilebilir ki ülkemizde sert, tehlikeli bir uygulamaya yol açmıştır. Tutuklamayı gerektiren açık olgular inandırıcı bir biçimde açıklanmak ve tutuklama nedenleri gösterilmek gerekirken mahkemelelerimiz çoğu kez «suçun mahiyetine ve mevcut delillere göre sanığın tutuklanmasına» karar verebilmektedirler.

Vaktiyle Almanya'da da tutuklamanın «mekanik» ve «klişeleşmiş» uygulanmasından yakınılmıştı<sup>58</sup>. Kötü uygulamayı önlemenin bir yolu tutuklama nedenlerini yasada iyi ve açık düzenlemektir.

b) Kaynak Alman Yasasının 1 Mart 1979 da aldığı son biçiminde, kaçma ve delilleri bozma tehlikesinden başka suçun ağırlığı ve bir takım suçların yinelenmesi tehlikesi de tutuklama nedeni olarak yer almıştır.

112. Paragrafa eklenen (3) no.lu fıkraya göre öldürme, ağır yaralama, patlayıcı madde kullanarak tahrip suçlarından birini işlemiş olmak kuvvetli şüphesi altında bulunan kişi, kaçma ve delilleri bozma tehlikesi bulunmasa bile tutuklanabilir<sup>59</sup>.

Yasaya sonradan eklenen 112 a paragrafında yeniden suç işleme tehlikesine dayanan tutuklama nedeni yasalaştırılmıştır. Sanığın, bir takım

<sup>55</sup>) Tahir **Taner**, Ceza Muhakemeleri Usulü, 3. Baskı, İstanbul, 1955. s. 134, Aynı yazar, Tevkif sebepleri, Cumhuriyet Gazetesi, 23 Mart 1955.

<sup>56</sup>) **Taner**, Tevkif Sebepleri.

<sup>57</sup>) Mehmet Gökalp, Tevkifin Gerekçesi, AD, 1971/7, s. 450.

<sup>58</sup>) Von **Liszt**, agy., zs. 42-43.

<sup>59</sup>) Bu düzenleme biçiminin federal Almanya Anayasası Mahkemesince yorumu için yukarıda «Kaçma Tehlikesi» bölümünün c, bb altında verilen karar özetine bakınız,



cinsel suçları işlemeye devam edeceğini gösteren açık olgular varsa ve tutuklama bu tehlikeyi önlemek için gerekli ise, tutuklanması mümkündür. Bu cinsel suçlar; evlenmeleri yasak olan yakın hısımlar arasındaki cinsel ilişki (fücur, inzest), bir kimsenin eğitim ve gözetimi altında bulunan kimse ile cinsel ilişkisi veya erkekler arasındaki cinsel ilişki gibi suçlardır.

Çok demokratik bir hukuk düzeni kurmuş olan Batı Almanya'nın tutuklama konusunda bu yeni düzenlemesi, tutuklama nedenlerinin genişletilmesi ile devletin baskıcı, totaliter niteliği arasında zorunlu bir bağlantı kurulamayacağını gösterir, sanırım.

#### IV — Hafif Hapishli Suçlarda Tutuklama

Tutuklama gibi ağır bir önlemin, hafif hapisli suçlarda uygulanması çok daha başka koşullar gerektirir. Çünkü bu suçlarda tutuklama, bütün zorlayıcı önlemlerin genel koşullarından biri olan uygun orantı ilkesine aykırı düşebilir. Ne var ki, durumu bakımından ele geçmesi olağanüstü zor ya da olanaksız olan sanığı el altında tutabilmek için, uygun orantı ilkesine rağmen tutuklama zorunlu olabilir. Örneğin, ikâmetgâhı veya meskeni bilinmeyen sanığın, kaçma tehlikesi varsa serbest bırakılması soruşturmayı boşa çıkarabilir. Bu yüzden yasa özel koşullar varsa kabahat sanığının da tutuklanabileceğini öngörmüştür.

Gerçekten, bir kabahat işlemiş olmak kuvvetli şüphesi altında bulunan sanık şu özel koşullarda tutuklanabilir :

Sanığın kaçması tehlikesi varsa ve ayrıca

- a) Sanığın meskeni veya ikâmetgâhı belli değilse veya,
- b) Sanık serseri veya şüpheli takımından bir kimse ise, ya da,
- c) Sanık kim olduğunu isbat edemiyorsa, ya da,
- ç) Yabancı olan sanığın hâkimin çağrısına uymayacağı ya da verilecek yargının yerine getirilmesi için gelmeyeceği şüphesini uyandıran ciddi nedenler varsa veya
- d) Sanık genel gözetim altında ise.

Buna göre örneğin, bir kabahat işlemiş olmak kuvvetli şüphesi altında bulunan sanık, a, b, c, ç ve d harfleri ile gösterilen bir durumda ise, diyelim ki kim olduğunu isbat edemiyorsa, ya da çağrıya geleceği umulmayan bir yabancı ise tutuklanabilir. O halde, hafif hapis sanığının tutuklanabilmesi için üç koşul vardır: Kuvvetli şüphede bulunmak, kaçma tehlikesi olmak ve sayılan durumlardan birinde olmak.

Demekki, delilleri bozma tehlikesi kabahatlerde tutuklama nedeni değildir<sup>60</sup>. Ve şu noktaya da dikkat edilmelidir ki burada sayılan durumlar (ikâmetgâhı olmamak, kimliğini isbat edememek vb.) 104. Sırada olduğu gibi kaçma tehlikesinin karinesi sayılmamıştır<sup>61</sup>, yani bu hallerden en az biri ile birlikte, kaçma tehlikesi de bulunmalıdır. Hakim bu hallerin varlığından kaçma tehlikesinin var olduğunu çıkaramaz, tersine tehlikenin varlığını bu tehlikeyi gösteren olaylardan çıkarmalıdır.

Kabahatlerde tutuklamaya ilişkin 105. Sıradaki yargının 223 ve 229. Sıralardaki tutuklama yetkisine dokunmayacağını da eklemek gerekmektedir<sup>62</sup>.

## V — Tutuklamanın gerekçesi

1. Tutuklama kararının gerekçeli olması önce bir Anayasa emridir. Anayasanın 135. Sırasının son cümlesine göre: «Bütün mahkemelerin her türlü kararları gerekçeli olarak yazılır».

Gerekçe, kararın, akla uygun, çelişkisiz, inandırıcı açıklaması demektir. Bu nitelikleri taşımayan bir gerekçe ya eksiktir ya da çürüktür. Böyle bir gerekçeye dayanan karar, yasa yolu ile kaldırılır. CMUK, 'nunda «hükümün esbabı mucibeyi (gerekçeyi) ihtiva etmemesi» mutlak bir temyiz sebebi sayılmıştır. Son karar da denilen «hüküm» hakkındaki bu kural benzetme yolu ile son karar niteliğinde olmayan kararlar için de geçerlidir. Özellikle Anayasanın yukarıda anılan yargısı bu düşünceyi destekler<sup>63</sup>.

2. CMUK. tutuklama gerekçesinin nasıl olması gerektiğini göstermiştir. 104. Sırada tutuklama nedenleri sayıldıktan sonra şu yargıya yer verilmiştir: «Bu vakıalar ve haller kararda gösterilir» Gösterilmesi gereken, kaçma şüphesini veya delilleri bozma tehlikesini düşündüren

<sup>60</sup>) Löwe/Rosenberg, 113. Paragraf no. 2, Müller/Sax (KMV) 113. Paragraf no. 1 b/1,

<sup>61</sup>) Löwe/Rosenberg, aynı yer.

<sup>62</sup>) Löwe/Rosenberg, aynı yer.

<sup>63</sup>) Yargıtay bir kararında, karardaki karşı (muhtelif) oyunda gerekçeli yazılması gereğini belirtmiş ve kararı bu açıdan bozmuştur (5. CD. 7.6.1978, E. 978.1912, K.204, İKİD 1980 Sayı: 234, s. 7681). Dar ve biçimci bir anlayış, karşı oy yazısının mahkeme kararı olmadığını, bu yüzden Anayasanın gerekçe zorunluluğunu koyan kuralı kapsamının dışında kalacağını ileri sürebilir. Gerçekten bağlayıcı ve geçerli olan, çoğunluğun üzerinde birleştiği karardır. Ancak karşı oy yazısı da kararın bir parçasıdır. Yukarı mahkeme (Yargıtay veya itiraz mercii) karşı oy yazısını da inceleyip değerlendirecektir. Karar ile karşıoy yazısını karşılaştıracaktır. Gerekçesiz bir karşıoy yazısına değer biçmek olanaksız veya çok zordur. Bu açıdan karşı oy yazısının gerekçeli olması zorunludur. Ayrıca, muhalif hâkimin karardaki düşüncesini temellendirmesi, neden öyle düşündüğünü açıklaması bizatini bir ödevdir. Hâkim, yalnızca «karara katılmıyorum» demekle bu ödevi yerine getirmiş olmaz. Sonuç olarak 5. CD. nin bu kararı çok yerindedir.

açık olgular ya da 3 no.lu bentte gösterilen, örneğin suçun devlet veya suçun devlet veya hükümet nüfuzunu kırıcı niteliğidir. Yasada yazılı tutuklama nedenleri ile ilgisi bulunmayan olaylara, bu olaylar sanığın serbest kalmasının sakıncalı olacağını gösterse de, dayanmak yasaya aykırıdır. Örneğin, sanığın yeniden suç işleme büyük ihtimali bulursa ya da suç, çevrede çok işlenen suçlardan olsa bile bu olgular tutuklamaya gerekçe olmaz. Çünkü yasada ne yeniden suç işleme tehlikesi vardır ne de tutuklama, suçlu adaylarını caydırma aracı olarak kullanılabilir.

Kaynak Alman Yasasının 112. Paragrafının son biçimi CMUK.'nundaki «bu vakıalar ve haller kanunda gösterilir» yargısını artık taşıyor. Buna karşılık 114. Paragrafın 1/4 numaralı bendinde, eskiden bulunmayan yeni bir yargı yer almıştır: «Kuvvetli şüpheye ve tutuklama nedenine dayanak olan olaylar açıklanmalarında devlet güvenliği için tehlike yoksa, gösterilmelidir».

## VI — Tutuklamaya Karşı Yasa Yolu (İtiraz)

1. Türk Ceza Yargılama Hukukunda iki türlü olağan yasa yolu (kanun yolu) vardır: İtiraz ve temyiz. Tutuklama kararına karşı gidilecek yasa yolu itirazdır. CMUK.'nun 298. Sırasındaki yargı şudur:

«Mahkeme kararları aleyhine itiraz edilemez,

Tevkife, hacze ve üçüncü şahıslara taalluk eden kararlar bu hükümden müstesnadır»

Sorgu hâkiminin tutuklama kararına da itiraz edilebileceği, bu yargının aykırı kavramından çıkarılabildiği gibi, 111. Sıradaki yargının açık anlamından da anlaşılmaktadır. Gerçekten, mahkeme kararlarına karşı itiraz edilemeyeceği kuralı, sorgu hâkimi kararlarına itiraz yolunun açık olduğu anlamına gelir.

Burada önemli sorun, 298. Sıradaki deyimle «tevkife taalluk eden karar» dan ne anlamak gerektiğidir<sup>64</sup>. «Tevkife taalluk eden karar» yalnızca serbest sanığın tutuklanmasını gerektiren karar mıdır? Yoksa tutuklu sanığın tahliye isteğinin reddi kararı da tutuklama kararı mıdır? Yasanın deyimini dar mı anlaşılmalıdır, geniş mi?

Bu konuda değişik anlayışlar vardır:

Yargıtay bir çok kararlarında salıverilme isteğinin reddi kararına itiraz edilemeyeceğini belirtmiştir<sup>65</sup>.

<sup>64</sup>) Bu konuda biraz daha geniş bilgi için bkz.: Turhan T. Yüce, Türk Ceza Usulünde Tahliye İsteğinin Reddi Kararına İtiraz Edilebilir mi?. ABD, 1962/5, s. 515 ve son.

<sup>65</sup>) Örneğin, 1. CD, 24.4.1958, 1197/1020 ve 5. CD. 2.4.1958, 1900/2126 (Yüce, ag inceleme s. 516 dipn. 6).

Alman ve Türk doktrini karşıt bir görüşü benimsemiştir:

Yapıtlarını inceleyebildiğim Alman yazarlarının hepsi «tutuklamaya ilişkin karar» kavramına geniş anlam vermektedir ve salıverilme isteğinin reddi kararını da tutuklamaya ilişkin ve bu açıdan itiraza açık karar saymışlardır.

Sorunun önemine göre çok tanınmış yazarların açıklamalarını aynen çevirmek yerindedir.

LÖVE diyor ki: «Özellikle örneğin, bir elkoyma (zapt) veya tutuklama kararını kaldırma isteğinde olduğu gibi hâkimin istenen kararı vermemesine karşı da itiraz edilebilir»<sup>66</sup>.

SCHMIDT'in düşüncesi: «Tutuklama hakkındaki kararlar, ister tutuklamayı emreden, ister kaldıran isterse tutukluluk hâlini sürdüren karar olsun, tutuklama ile ilgili bütün kararlardır»<sup>67</sup>.

MÜLLER/SAX (KMR) in görüşü: «Tutuklama hakkındaki kararlar, sanığın tutuklanması veya tutukluluk hâlinin devamı sorununu doğrudan konu edinmiş olan kararlardır»<sup>68</sup>.

Türk doktrininde de egemen düşünce budur<sup>69</sup>. Okuyucu kolayca bulup inceleyebileceği için Türk kaynaklarından ayrı ayrı aktarmaya gerek yoktur, sanırım. Örneğin, KUNTER'in düşüncesini kendi anlatımı ile almak yeter: «Kanundaki tevkife taalluk eden karar tâbirine dikkat edilmelidir. Bundan maksat itiraz edilen kararın sadece tutuklama kararı olmadığını, neticede tutukluluğun devamına yol açan kararlara da itiraz olunabileceğini belirtmektir»<sup>70</sup>.

2. İtiraz kapıları (merciileri) CMUK.'nun 299. Sırasında gösterilmiştir. Bunları burada saymak, konunun dışına çıkmak olabilir. İtiraz yeri, itiraz yasa yolunun niteliği gereği tutuklamaya ilişkin kararı, hem hukuksal hem eylemsel (fiili) yönleri ile denetleyebilir. Esasen itiraz yolu, yalnızca hukuksal nedenlere dayanmak zorunda olmaması ile temyiz

<sup>66</sup>) Löwe/Rosenberg, 304. Paragraf No. 1/a ve aynı düşünce von Hippel, agy. s. 606 dipn. 2.

<sup>67</sup>) Schmidt, Lehrkommentar II, 305, Paragraf s. 879 Kenar no. 9.

<sup>68</sup>) Müller/sax (KMR), 305. Paragraf s. 973 no. 3/a.

<sup>69</sup>) Kunter, s. 491 No. 369, Erem, s. 520, Gölcüklü, s. 136, Yüce, adı g. inceleme s. 517, Karşı Görüş: Tosun II, s. 188 dipn. 4.

<sup>70</sup>) Kunter, s. 491 no. 369.

yolundan ayrılır<sup>71</sup>. Bundan ötürü itiraz kapısının kararına itiraz edilen hâkimin takdir yetkisine karışamayacağı düşüncesi<sup>72</sup> doğru değildir. İtirazlı karar her yönden denetlenebilir. Değerleme yetkisi de itiraz kapısının denetimine açıktır.

(Devam edecek)

---

<sup>71</sup>) Turhan T. Yüce, Alman-Türk Ceza Muhakemeleri Hukukunda Kanun Yolları, Ankara 1967 s. 52.

<sup>72</sup>) Muhtar Çağlayan, Tevkif üzerine İnceleme, AD, 1976/5-6, s. 403.